

(estará sujeta al impuesto la parte de renta que coincida con la deducción fiscal practicada en lugar de estar exenta la totalidad de la renta generada en la transmisión), o lo que es lo mismo, en el momento en que la participación es transmitida se integrará en la base imponible el importe de las deducciones (correcciones valorativas) practicadas en aplicación del artículo 12.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Con base en el criterio de la DGT, la deducción del fondo de comercio financiero se configura como una diferencia temporal que habrá de revertir en un momento futuro. Así, nos encontramos ante un mero diferimiento temporal del pago del Impuesto sobre Sociedades, pago que deberá materializarse en el momento en que la participación cuya adquisición generó el fondo de comercio sea transmitida.

PABLO ULECIA RUBIO (*)

LA FUTURA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Introducción

En el mes de diciembre de 2005, el Ministerio de Economía y Hacienda dio a conocer a través de su página *web* (www.meh.es) el texto del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (el «Anteproyecto»), con el que se ha dado el primer paso hacia una profunda reforma de la contratación pública.

Según se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la reforma tiene un doble objetivo. Por un lado, la futura Ley de Contratos del Sector Público procederá a transponer al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (la «Directiva 2004/18/CE»). Por otra parte, la necesidad de transposición de la Directiva se toma como base para acometer una reforma global de la contratación pública, que afecta sustancialmente a la sistemática y filosofía tradicionales de la materia.

Esa reforma global ya se encontraba anunciada en el «Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos

para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública» elaborado por la Comisión constituida al efecto en junio de 2003 y difundido también por la página web del Ministerio de Economía y Hacienda. La finalidad de esa Comisión era no sólo evaluar la repercusión de la tramitación de nuevas disposiciones comunitarias, que ha dado lugar a la Directiva 2004/18/CE, sino examinar en general la situación de la contratación pública en nuestro país y proponer líneas de reforma.

El Anteproyecto ha sido informado por el Comité Económico y Social, que ha emitido su Dictamen en fecha 20 de febrero de 2006. A ese Dictamen puede accederse en la página web del Consejo Económico y Social (www.ces.es). En su Dictamen, el Comité Económico y Social valora de forma positiva y apropiada la reforma integral propuesta, si bien formula una serie de recomendaciones generales sobre cuestiones concretas.

En todo caso, y en tanto se tramita esta reforma legislativa, ha de recordarse que el pasado 31 de enero de 2006 finalizó el plazo de transposición de la Directiva 2004/18/CE. Por tanto, todos aquellos preceptos de esta Directiva que sean incondicionados y suficientemente precisos, gozan desde esa fecha de efecto directo. Esta circunstancia habrá de ser tenida en cuenta hasta la aprobación de la nueva Ley tanto por las Administraciones Públicas como por las empresas que contratan con ellas.

Novedades de carácter general previstas en el Anteproyecto

Son dos las directrices que animan las grandes novedades que se introducen en el Anteproyecto. En primer término, se parte de una concepción amplia del ámbito subjetivo de aplicación de la futura Ley, con el fin de abarcar a todo el sector público afectado por la Directiva 2004/18/CE. En segundo lugar, se pretende deslindar con mayor nitidez el sector normativo de la contratación vinculado al Derecho comunitario del marco de regulación en el que el legislador nacional goza de libertad.

Así, el Anteproyecto se separa de la sistemática seguida en los textos legislativos anteriores y, en concreto, del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio («TRLCAP»). A diferencia del modelo actual, el Anteproyecto se estructura en un Título Preliminar y cinco libros que regulan sucesivamente las disposiciones generales; la configuración general de

* Abogado del Departamento de Derecho Tributario de Uría Menéndez (Madrid).

la contratación del sector público; la preparación de los contratos; la selección del contratista y la adjudicación de los contratos; los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos; y la organización administrativa para la gestión de los contratos.

De acuerdo con la primera de las directrices señaladas, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley pasa a articularse en torno a la siguiente tipología de sujetos: (i) las Administraciones Públicas; (ii) los entes del sector público que, no teniendo carácter de Administración Pública, están sometidos a la Directiva 2004/18/CE; y (iii) los entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a la Directiva. Se incluye así una exhaustiva definición del sector público inspirada en el concepto contenido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En cuanto a la segunda directriz apuntada, el Anteproyecto prevé una delimitación de los contratos públicos en dos categorías, según se trate de «*contratos sujetos a regulación armonizada*» y «*contratos no sujetos a regulación armonizada*».

Asimismo, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/18/CE, se prevén numerosas novedades en los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos. En este sentido, se establece una nueva causa de prohibición para contratar respecto de aquellas empresas que hayan retirado indebidamente su proposición en un procedimiento de adjudicación o hayan imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor. En cuanto a la preparación de los contratos, se introduce la posibilidad de que en los pliegos de prescripciones técnicas se tengan en cuenta consideraciones de tipo medioambiental o de tipo social. Por otro lado, en los procedimientos de adjudicación se recupera la antigua figura de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva para los contratos sujetos a regulación armonizada. Esta distinción responde a la regulación por el Anteproyecto de un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, únicamente para los contratos sujetos a regulación armonizada. Y ello, con el objetivo de incorporar al Derecho español una de las exigencias de la Directiva comunitaria sobre recursos, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esto es, la necesidad de que exista un recurso que permita resolver de modo rápido y eficaz las cuestiones que se planteen en los procedimientos de adjudicación y acceder a un régimen efectivo de medidas provisionales. En coherencia con esos principios, este nuevo

recurso se caracteriza por una mayor brevedad de los plazos y por su carácter suspensivo respecto de la adjudicación provisional.

Otras novedades en materia de procedimientos de adjudicación se refieren a la creación de un nuevo procedimiento de adjudicación denominado «*diálogo competitivo*», con la finalidad de que se aplique a contratos de gran complejidad, cuyo objeto se definirá mediante un turno de consultas con los licitadores. También se presta atención a la inserción de medios técnicos, configurando un procedimiento específico de subasta electrónica, para el que se suprime la exigencia de oferta única. Los procedimientos de adjudicación más simplificados también se ven afectados por el Anteproyecto, que eleva las cuantías máximas para el procedimiento negociado y los correspondientes a los contratos menores. Finalmente, se incluye un nuevo procedimiento negociado con publicidad para los contratos no sujetos a regulación armonizada que no superen cierta cuantía.

El Anteproyecto también prevé una serie de novedades en cuanto a la clasificación de los contratistas y los medios para acreditar su solvencia. Así, se otorga a ésta un carácter indefinido, si bien sujeto a la acreditación de determinados extremos; se eleva el umbral en que se exige el requisito de la clasificación para los contratos de obras; y se otorga mayor flexibilidad al órgano de contratación para determinar los medios de acreditación de la solvencia. Debe hacerse notar, sin embargo, que el Anteproyecto parece no recoger las previsiones de la Directiva 2004/18/CE en lo que se refiere a la integración de la solvencia con medios externos.

Por último, el Anteproyecto introduce una figura denominada contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como un nuevo contrato típico que se añade a los existentes en el TRLCAP. Con este tipo de contratos se pretende dar cobertura a objetos contractuales de cierta complejidad o indeterminación inicial, que pueden ser financiados en un principio por el contratista, sin perjuicio de que el precio que abone la Administración se acompañe a la efectiva utilización de los bienes o servicios de que se trate.

Algunas diferencias particulares de interés entre el Anteproyecto y el TRLCAP y su valoración por el Consejo Económico y Social

Además de las líneas generales de la reforma que se han mencionado, en ciertos aspectos concretos se

aprecian diferencias relevantes entre el Anteproyecto y el TRLCAP vigente, que resultará de interés seguir durante los distintos trámites que atraviese este texto inicial. Y ello, debido al impacto que, de aprobarse, podrán tener en la práctica administrativa y la actividad de los operadores económicos afectados. alguna de esas diferencias ha sido ya destacada en las recomendaciones del Dictamen del Consejo Económico y Social de 20 de febrero de 2006.

En primer lugar, el Consejo Económico y Social se refiere a dos previsiones que no se desprenden del articulado del Anteproyecto y que se contienen en el actual artículo 14 del TRLCAP. Se trata del principio de que el precio de los contratos sea adecuado al de mercado y la prohibición general del pago aplazado. Según el texto actual del Anteproyecto, desaparecerían las restricciones actuales a la posibilidad de que se aplaze el precio de los contratos administrativos.

Otra diferencia relevante es la que afecta a la revisión de precios. El artículo 77.2 del Anteproyecto permite al órgano de contratación, «*sin necesidad de motivar especialmente su decisión*», excluir la revisión de precios en el periodo correspondiente al segundo año de ejecución del contrato. Ese régimen diferiría del contenido en el actual artículo 103.3 del TRLCAP que exige que se motive en todo caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares la decisión de no incluir la revisión de precios a partir del segundo año. Parece, pues, que la intención del prelegislador es la de configurar una potestad discrecional del órgano de contratación en cuanto a la revisión de precios durante el segundo año de la ejecución del contrato.

En materia de subcontratación, el Anteproyecto incluye en su artículo 210 como novedades más sobresalientes la necesidad de que los contratistas indiquen en sus ofertas la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y los subcontratistas propuestos. Asimismo, se prevé que los contratistas deban comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración los subcontratos que vayan a celebrar, justificando suficientemente la aptitud del subcontratista para ejecutar la parte del contrato de que se trate, pudiendo aportar para ello la clasificación del subcontratista. Esta última previsión constituye una importante diferencia con el régimen vigente de la subcontratación en el artículo 115 del TRLCAP. En el texto actual no se exige que los subcontratistas acrediten sus condiciones de solvencia para la realización de la parte correspondiente del contrato.

En lo que afecta a las condiciones de pago entre el contratista principal y los subcontratistas, el Anteproyecto suprime en su artículo 211 el actual apartado 5 del artículo 116 del TRLCAP. El texto vigente del TRLCAP contempla la posibilidad de que los contratistas principales convengan con los subcontratistas y suministradores unos plazos de pago superiores a sesenta días, siempre que, en ese caso, el pago se instrumente mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria. También es posible, de conformidad con el artículo 116.5 del TRLCAP, que se convengan unos plazos de pago superiores a ciento veinte días, si bien en este supuesto el subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval. El apartado 5 del artículo 116 del TRLCAP fue una de las reformas introducidas en la materia por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, habilitando a los contratistas para establecer plazos de pago a los subcontratistas superiores al término de sesenta días con que cuenta la Administración para proceder al pago (artículo 99.4 del TRLCAP).

También resulta de interés el artículo 216 del Anteproyecto, que regula la posibilidad de que en el contrato de obras se establezca el sistema de retribución a tanto alzado, sin precios unitarios, en las condiciones y circunstancias que se determinen reglamentariamente. Por otra parte, en ese mismo artículo 216 del Anteproyecto se prevé que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueda imponerse a los licitadores la obligación de especificar en su oferta las correcciones que, a su juicio, deben incorporarse al proyecto de construcción para subsanar eventuales omisiones o deficiencias. En esos casos, el Anteproyecto establece que se entenderá que las proposiciones incorporan un plazo cierto y un precio total cerrado. En consecuencia, según el Anteproyecto, no procederá el abono posterior de cantidades suplementarias si la Administración ordena introducir modificaciones en el contrato motivadas por defectos del proyecto que no hubiesen sido comunicados por el contratista en su proposición. El Consejo Económico y Social ha considerado que esta última previsión puede afectar al equilibrio de las prestaciones recíprocas que se derivan de la relación contractual, por cuanto podría darse el caso de que el contratista no fuera retribuido por modificaciones del proyecto que le ordenase realizar la Administración. Esta previsión también resulta novedosa en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a la obligación de la

Administración de abonar las obras adicionales que ordene realizar al contratista para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto.

Finalmente, otro de los aspectos destacables es el relativo a la transmisión de los derechos de cobro, regulada en el artículo 201 del Anteproyecto. La diferencia más notable con la regulación vigente afecta a la desaparición del apartado 5 del artículo 100 del TRLCAP. De ese apartado parece desprenderse actualmente la posibilidad de cesión de los créditos futuros de los contratistas frente a la Administración, cuestión ésta que ha planteado ciertas dudas interpretativas en relación con figuras financieras como el *factoring*. Sin embargo, será necesario aguardar hasta la aprobación final de la Ley de Contratos del Sector Público para conocer si el legislador introduce alguna aclaración en este sentido.

Conclusión

La reforma proyectada de la contratación pública afecta, como se ha visto, a un amplio elenco de cuestiones vinculadas con la práctica diaria tanto de las entidades que conforman el sector público como de las empresas que contratan con ellas. No obstante, las cuestiones que se han dejado apuntadas pueden sufrir importantes variaciones, habida cuenta del estado embrionario que aún tiene el Anteproyecto; las sucesivas fases que restan hasta la aprobación de su redacción final y las distintas aportaciones que pueden realizarse desde los sectores interesados.

MARÍA JESÚS MADRIGAL ESTEBAN
Y MANUEL VÉLEZ FRAGA (*)

LOS PRINCIPIOS REGULADORES DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA

1 · Introducción

El pasado día 18 de enero de 2006 el Grupo Especial de Trabajo creado por el Gobierno para asesorar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante C.N.M.V.) en la armonización y actualización de las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas hizo público un *Proyecto de Código*

Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas (en adelante el Proyecto de Código Unificado o P.C.U.).

Según explicita el propio Proyecto de Código Unificado, desde el pasado día 18 de enero de 2006 se iniciaron los actos de presentación del P.C.U. en las bolsas españolas (Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia) y el procedimiento de consulta pública, que ha constado de dos etapas: (a) hasta el pasado 28 de febrero de 2006, recepción de comentarios por escrito y, desde esa fecha, (b) eventuales reuniones con los expertos o instituciones que realizaron alegaciones susceptibles de ulterior debate. Posteriormente, menciona la citada presentación, «tras ponderar con cuidado todas las observaciones y críticas que reciba, antes del 31 de marzo el Grupo aprobará la versión definitiva de sus Recomendaciones y, acto seguido, la C.N.M.V. las elevará al Gobierno y hará públicas».

Si bien la aprobación del *Código Unificado sobre Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas* (en adelante el Código Conthe) estaba inicialmente prevista, como hemos mencionado anteriormente, para el 31 de marzo de 2006, el Grupo Especial decidió demorar la aprobación del texto definitivo para poder estudiar con detenimiento todas las observaciones recibidas. Según diversos artículos publicados en prensa durante el día 21 de abril de 2006, la C.N.M.V. publicará el texto definitivo a finales de mayo de 2006. Esta afirmación coincide con manifestaciones recientes del Presidente de la C.N.M.V., D. Manuel Conthe.

Durante este período, el interés que ha suscitado el Proyecto de Código Unificado es digno de resaltar, habiendo generado un intenso debate público en muy distintos foros. Sirva de ejemplo de este interés una simple revisión de la página web de la C.N.M.V., que publica una relación de los comentarios al P.C.U. remitidos por aquellas personas y entidades que han autorizado su difusión pública. Esta relación incluye comentarios de 62 personas o entidades, incluyendo, entre otros, sociedades cotizadas, catedráticos, asociaciones muy diversas, consultorías, despachos de abogados, fundaciones, colegios profesionales y universidades. Nos consta, además, que ha habido muchos más comentarios y observaciones que los que publica la página web de la C.N.M.V.

A la luz de este debate y en «visperas» de la publicación del Código Conthe, hemos considerado oportuno hacer un repaso panorámico de los pilares, fundamentos y principios que inspiran el marco regulatorio vigente actualmente en España en

* Abogados del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).